34.

In bona s[...]nt vinculata, & de [...]

454



POR MELCHOR DE ARROYO, PATRON DEL PATRONATO

que fundó Alonso Fernandez Montañes.

EN EL PLEYTO

CON EL CONDE Y CONDESA DEL Montijo y Fuentidueña, y Marques de Valderrabano su hijo.

En respuesta de la informacion cõtraria.

En Granada Por Francisco Sanchez, y Baltasar de Bolibar, en la calle de las Hileras, junto al Cañuelo de rexa que sale al Zacatin Año de 1645.

N.1 AVNQVE NO hallamos en la informacion cõtraria cosa que prepondere, ni elida los fundamentos de excepcion alguna de lasque pudieron mouer a la absolutoria, que contienen las sentencias del Alcalde de Corte y la de los señores en vista, en que absueluen y dan por libre al Reo, que es la parte de el Patronato. Sin embargo, para mayor confirmacion de ellas, y sin boluer a refricar, ni repetir los textos y doctrinas en que se fundan, sino añadiendo otras de nueuo; ex abundanti se responderà a la informacion contraria.

2 ¶ A cinco pũtos reduze la parte del Conde su informe.

¶ El primero, en razon del dominio del molino de pan moler sobre que se litiga. ¶ Segundo, sobre la idemptidad. ¶ Tercero, sobre la dacion a censo perpetuo otorgada por don Antonio de Luna. ¶ Quarto, sobre la possession de la parte del Patronato, si le aprouecha en fuerça de prescripcion, ó de presumpcion. ¶ Quinto, sobre si el Conde tiene consentida, ó no la dacion a censo, y si le puede perjudicar a el Marques su hijo.

3 ¶ Empero los dichos puntos, y los demas que toca en su informe la parte del Cõde, para mas claridad, y q̃ mas facilmente se pueda percibir qualquiera de los puntos en que consista la dificultad, si alguna tiene en el hecho, ó en el derecho, se deue deduzir a tres puntos.

4 ¶ El primero y mas principal, sobre el dominio en que se controuierten los articulos siguientes.

¶ El primero, el de la redarguicion de las escrituras, si se les deue, ò no dar credito.

El

¶ El ſegundo, ſuponiendo que a las eſcrituras ſe les huuieſſe de dar credito, ſi el Actor deue prouar titulo y poſſeſsion antecedente a el de la fundacion en la perſona del fundador del mayorazgo, y ſi es baſtante el de la hipoteca del molino, q̃ ſe pretende por la eſcritura preſentada en eſta inſtancia, cuya fecha ſuena quatro años antes de la fundacion, dado que fueſſe cierta, y que ſe le pudieſſe dar credito.

¶ El tercero, ſi la poſſeſsiõ de los ſuceſſores en el dicho mayorazgo puede aprouechar para que ſe preſuma en fauor de la perſona intelectual del dicho mayorazgo.

¶ El quarto y vltimo, yendo con el miſmo preſupueſto de que ſe le huuiſſe de dar credito a la eſcritura que ſuena de fundaciõ, ſi eſtà prouado por ella que dexaſſe vinculado eſte miſmo molino de pan moler ſobre que ſe litiga, in illis verbis: *Y de los molinos que alli tengo en la plaza del Principe, donde dizen el Realejo camino de Guexar, con todo lo a ello perteneciente.*

5 ¶ Segundo punto, en que conſiſte la determinacion deſte pleyto, es ſobre la preſcripcion, de que opone la parte del Patronato de tiẽpo de mas de ochenta y cerca de nouenta años. Y en eſte punto ſe controuierten los articulos ſiguientes.

¶ El primero, ſi la poſſeſsion que han tenido y tienen ambas partes, la del Patronato, y la de los ſuceſſores en el dicho mayorazgo, en el molino y cenſo perpetuo del, ſe ha de preſumir y entender como de bienes libres, ò como de bienes de mayorazgo.

¶ El ſegundo, ſi dado que ſe pudieſſe entender por parte de los ſuceſſores la poſſeſsion como de bienes de mayorazgo, ſi ſon baſtantes tranſcurſo de mas de ochenta años, para que ſe pueda juzgar que el dicho molino eſt ſolitus emphiteoticari.

6 ¶ El tercero y vltimo pũto ſobre la excepciõ de mejoramiẽtos, de q̃ opone la parte del

Patro-

Patronato en qualquiera acontecimiento que fuesse.

7 ¶ Esto supuesto, este informe se diuidirá por los tres puntos principales y articulos q̃ inciden en cada vno dellos, y se fundarà.

¶ *Lo primero, que no està prouado el dominio de parte de los Actores a quien les toca el prouarlo, quier sea lo que intenta la accion y remedio de la reivindicacion, quier otro qualquiera de los que dizen en su informe, à n. 17.*

¶ *Lo segundo, que para ello no tienen verificadas las escrituras que estan redarguydas, y que no se les deue dar fè ni credito, aunque estemos en caso de mucha antiguedad de tiempo.*

¶ *Lo tercero, que aunque se huuiessen de dar fé y credito a las escrituras con la de la hipoteca del molino, no se prueua titulo ni possession antecedente al de la fundacion, para prouar el dominio que se pretende.*

¶ *Lo quarto, que la possession que los sucessores del dicho mayorazgo, que han tenido y tienen de el censo perpetuo sobre el dicho molino, no puede aprouechar a la persona ficta, e intelectual del dicho mayorazgo, porque pudiendo ser auerlo posseydo por bienes libres, como hijos herederos que han sido vnos de otros, no se ha de presumir que lo han posseydo ni posseen como bienes de mayorazgo.*

¶ *Lo quinto, que se requeria prouar de parte del Actor, que al tiempo de la fundacion tuuiesse y posseyesse el fundador el dicho molino, y que por la fundacion lo dexasse vinculado, y que no basta lo vno sin lo otro, y que en la fundacion no està comprehendido el molino de pan moler, sobre que se litiga.*

¶ *Lo sexto, que assimismo no procede la excepcion de la prescripcion, que es bastante, en fauor del Patronato, por el titulo que tiene, y transcurso de mas de ochenta años.*

¶ *Lo septimo, en confirmacion de la dicha excepcion, q̃ la dicha prescripcion no se deue juzgar, como contra bienes de mayorazgo, porque la presumpciõ està, que la vna ni otra parte no han posseydo sino como bienes libres.*

¶ *Lo octauo, q̃ es bastante el auer don Antonio de Luna dado a censo perpetuo el dicho molino, y en ello conuenido todos los demas sucessores del dicho mayorazgo con el trãs-*

curso

curso de mas de ochenta años, para que se pueda juzgar que el dicho molino, est solitus emphiteoticari.

¶ Lo nono, que aunque solamente estuuieramos en caso de duda, se deuia y deue juzgar en fauor del Reo, que es la parte del dicho Patronato. ¶ Lo vno, porque le assiste la presumpcion del derecho de que los bienes se presumẽ libres. ¶ Y lo otro, por tener en su fauor las reglas de que en duda se deue juzgar por el Reo.

¶ Lo dezimo y vltimo, que en qualquiera acontecimiẽto que fuera no le podia faltar a la parte del Patronato la excepcion que opone de los mejoramientos.

PVNTO PRIMERO.

8 ¶ No es para dexar passar sin respuesta lo que para este primero punto se trae de contrario en el num. 18. en orden de pretender, que no le es necessario al Actor prouar el dominio, ó de facilitar la prouança. para fundar, que por lo menos le bastaua qualquier presumpcion, diziendo, que al sucessor de el mayorazgo entre los remedios que tiene para recuperar los bienes de mayorazgo, le compete el remedio possessorio de la l. 45. de Toro contra qualquier tercero posseedor, etiam con titulo, siendolo de qualquiera de los sucessores.

9 ¶ Porque lo contrario respondió en el caso deste pleyto el Oraculo que tenemos en materia de mayorazgos, que es el señor Luys de Molina, lib. 3. cap. 13. á num. 52. vsque ad num. 55. que alega, por si la parte del Conde, callãdo la distincion con que resoluió este pũto, diziendo, quãdo el titulo es de simple venta, ó donacion del vltimo posseedor, y euidentemente nulo; y no se duda sobre si los bienes estan ò no comprehendidos en el mayorazgo; entonces compete el remedio possessorio, ex l. 45. Taur. aduersus titulo posidentem; maximé, porque el dicho remedio habet ad mixtam proprietatem.

10 ¶ Empero quando el titulo no està

 reciente

reciente y fresco del vltimo posseedor, & dubitatur vtrum ea res in maioratu comprehensa sit; como en nuestro caso, que no es el titulo del vltimo posseedor de poco tiempo, sino tiempo tan antiguo, que ha cerca de nouenta años, y del primer llamado que pudo ser suyo propio el dicho molino, y por auerlo heredado como bienes libres, ò por auerlo comprado, porque como suyo propio lo vendiò a censo perpetuo, y que por lo menos se duda si está comprehēdido ó no en el mayorazgo, entonces no compete en manera alguna el remedio possessorio de la l. 45. de Toro, sino el petiturio ordinario sobre la propiedad, q̄ es de reiuindicacion, ex l 1. C comm. de leg.

11 ¶ Esta distincion siguieron los Adicionadores del señor Luys de Molina, d. lib. 3. c. 13. super d. n. 52.

12 ¶ Y no tiene contraditor en quanto a la segunda parte tocante a nuestro caso, porque el señor don Christoual de Paz de tenut. tom. 1. c. 28. à num. 27. vsque ad 33. solo impugna a el señor Luys de Molina en quanto a la primera parte de su distincion, para que ni aun en aquel caso le competa al sucessor el remedio possessorio, si no es con otra distincion que haze entre el posseedor *titulo vniuersali*, y el posseedor *titulo singulari*, como el que tiene la parte del Patronato.

13 ¶ Y assi no es para poner en duda, q̄ a la parte del Cōde como Actor le toca el prouar el dominio en la persona de don Aluaro de Luna fundador del mayorazgo, y que dexò el molino por su fin y muerte, y quiso fuesse de mayorazgo, segun lo tienen en terminos de fideicomissario, y de sucessor, que pretenda sacar bienes de poder de tercero por de fideicomisso sujetos a restitucion, ó de mayorazgo. Bald. cons. 4 nu. 1. lib. 4. Paul. de Castro, cons. 94. dub. vltim. vol. 2. Nata, cons. 400. num. fin. Roland. á Valle, cons. 46. vbi est videndus, porque es el mejor que lo funda à nu. 10. Mantica, de coniect. ment. defunct. lib. 7. tit. 6.

num.

num 5. Riminald.iun.conſ.459. per tot. lib.4. Mier.de maiorat.4.p.quæſt.20. *qualiter fiat probatio rerum maioratus*, num.2.Ioan. Petr.Surd.vol.4. conſ.505.per tot. Adonde reſponde a la limitacion de que la parte contraria ſe quiere valer, diziendo, que la parte del Reo tiene ſu cauſa del primer grauado, que fue don Antonio hijo de dõ Aluaro de Luna fundador de el dicho mayorazgo, que abaxo en ſu lugar ſe reſponderá mas ex profeſſo.

14 ¶ Y lo fundan, porque quando el fideicomiſſario agit contra extraneum rem cũ titulum poſidentem, en razon de que no le compete la peticion fideicomiſſaria contra el que poſſee con titulo, opus eſt rem vendicare á poſſeſſore, l.2.l. hæreditas, C.de petit. hæredit. *Idcirco neceſſe habet probare de dominio vel quaſi defuncti, aliàs obtinere non poteſt.*

15 ¶ Y es en tãto grado verdad eſta doctrina, que dixo Bald.in dict.conſ.4.num.1.vol.4. *Quod neſcit videre, quo modo extraneus poſsit conueniri à ſubſtituto pro rebus ſubiectis fideicommiſſo, niſi probet, quod defunctus fuerit dominus, vel quaſi. quod non probatur ex ſola poſſeſsione, l.cum res, C.de probationibus, quia ſi vult agere rei vẽdicatione, & ſola probata poſſeſsione ei non ſufficit, l.nulla, C.de rei vindicatione. aut ex teſtamento, & illa non datur contra extraneum poſſeſſorem, l.1.§ ſi hæredi, ff.ad Trebelianum: aut ex dicto Diui Adriani, & non poteſt: aut conditione, ex l.ſi coloni, vel officio iudicis, & ſimiliter non poteſt, cum poſſeſsor habeat titulũ, vt per DD. in l.2.C.de furtis, & in l.rem quæ nobis, ff.de adquir. poſſeſſ.* Que en eſta forma literalmente lo refirió ex Bald.Roland. à Valle, conſ.46. à num.10. vſque ad num.13.

16 ¶ Y no impide dezir, q̃ quãdo el pleyto es cõtra tercero poſſeedor, qui habeat cauſam à grauato, que entõces cum domini quæſtionem non poſsit referre, baſtan las prouanças q̃ aliàs ſe hizieran contra el heredero grauado, ex Peregrin.de fideicommiſ.art.44.num.6. Marçar. de fidei-

fideicom. quæst. 60. Mascard. de probat. conclus. 778. num. 38. y otros a quien sigue Vincent. Fusar. quæst. 618. num. 50. Y que assi de la misma manera que bastan contra dō Antonio el primer grauado qualesquier prouanças de possession del fundador, y que el molino estaua entre sus bienes, sin q̄ fuera necessario el prouar el dominio; de essa misma suerte basta contra la parte del Patronato, que deriua su causa y titulo del dicho dō Antonio de Luna primer grauado.

17 ¶ A lo qual dupliciter respondetur, demas de que lo contrario sintió Ped. Philip. cōs. 17. num. 21. lib. 4. Lo primero, que no ha lugar, quando se niega, la ideinptidad de la cosa grauada a restituyr, oponiendo que es de bienes libres, y no de mayorazgo, prout in præsenti, porque de la misma suerte que el primer grauado que vēdió por bienes libres pudo oponer, que el molino no lo heredó, ni tuuo como de bienes de mayorazgo sino como bienes libres adquiridos por otro titulo, y que entonces le tocaua el prouar al Actor el dominio en la persona del fundador, y el estar cōprehendido en la fundacion, y ser el mismo grauado.

18 ¶ Túm, porque los bienes que tuuo el hijo primer llamado antes se presumen aduenticios que profecticios ex parte tantum patris.

19 ¶ Tùm, porque aunque se prouara q̄ los tuuo el padre, antes se presumia que fuerō de los libres, que no de los del fideicomisso.

20 ¶ Y porque se presumen libres y no grauados; segun todo lo funda en estos terminos Rodrigo Suarez in l. quoniam in prioribus, limitat. 11. dub. 2. num. 1. vers. *Et bona à parentibus relicta præsumuntur libera non vinculata titulo maioriæ, nisi probetur per hoc allegantem, &c.* C. de inoffic. testam. & ibi pro se Additionat. Valdesius super num. 1. Mieres, part. 4 quæst. 20. num. 24. Peregrin. de fideicom. artic. 44. num. 21. Ioan. Petr. Surd. cons. 505. per tot. & cons. 568. num. 4 lib. 4. & decis.

339. per tot. maximè á num. 5. vbi est omnino videndus.

21 ¶ Por esta misma causa en este caso le incumbe a el Actor la misma prouança de el dominio, y de la identidad del molino contra el Reo, aliàs no podrà obtener, ex regula Actore non probante, in l. qui accusare, C. de ædendo, segũ lo fundan Pedro Surdo in dict. cons. 505. & decis. 339. adonde dize, que en esta conformidad se ha juzgado en aqnel Senado siempre que se ha ofrecido el caso.

22 ¶ Lo segundo se responde, que todo lo que se ha controvertido en este punto viene a estar de mas a mas, porque solo pudiera auer lugar quando el Actor huuiera intentado alguno otro remedio fuera de el de la reivindicacion, ó protestado que fuesse por el mejor que huuiera lugar, y mas le conviniesse; empero en nuestro caso la demanda sobre que es este pleyto concluye llanamẽte la accion de vna reivindicacion, porque es en esta forma.

Suplico a V. m. que constando de esta relacion declare por nula la dicha escritura de dacion a censo perpetuo emphiteotico, y todos los demas contractos que en su virtud y consequencia se huieren fecho, y condene, compela, y apremie ñ la parte del dicho Patronato, y su Patron, y a la dicha Catalina de Nogales, a que buelvan y restituyan libremente a mis partes el dicho molino, y tierras, y lo demas que la escritura de dacion contiene, con los frutos y rentos hasta la real restitucion, justicia, y costas, y juro en anima de mis partes que esta demanda no es de malicia.

23 ¶ Y auiendo elegido esta accion de vna reivindicacion llanamẽte, y sugetadose a ella, y no validose de otro remedio, l. quod si malis actor. 14. l. is qui se obtulit 25. ff. de reivendicat. siguese que le es necessario prouar el dominio, pues sin la prueua de el no puede obtener en la accion, y juyzio que intenta, ex vulg. l. officium 9. ff. de reivindicat. y assi es superfluo, nisi ex abundanti, todo lo demas que arriba se ha traydo sobre este pũto,

to, porque solo pudiera auer lugar si huuiera intentado otro remedio, segun en estos terminos lo aduierte Petra, de fideicommis. quæst. 12. à nu. 22 Peregrin. de fideicommis. art. 44. num. 14. & Vicent. Fussar. quæst. 616. num. 4. vers. *Dummodo non agatur reiVindicatione, &c.*

24 ¶ Pretendemos, segun lo qual en este caso, que no solamente le toca a los Actores el prouar el dominio con prouança ordinaria, si no con mayor, y mas clara, y concluyente prouança.

25 ¶ Fundamoslo, en que los Actores tienen contra si en este caso la presuncion del derecho, que los bienes se presumen libres, y que no se presume el mismo molino que se pretende vinculado, y por la presuncion que nace en fauor del Reo por la possession por bienes libres con el trãscurso de mas de ochenta años, y siempre que resiste la presuncion del derecho a aquel que aliàs probare debebat, affici debet duriori, & clariori probatione, vulg. l. fin. in princip. ff. de eo quod metus causa.

26 ¶ Y la parte de los Actores no solamente no tienen prouança de las mas fuertes y cõcluyentes que se requerian, ni de la ordinaria, empero ni aun de las muy leues, y presumptas, como se verá por el discurso de los articulos tocãtes a este primer punto.

Articulo Primero.

27 ¶ Los Actores para prouar su accion y demanda presentaron en la primera instancia vna escritura que dizen ser de donacion de la fundacion del mayorazgo, y auerla otorgado dõ Aluaro de Luna, y en esta instancia de reuista otra escritura que fuena de imposicion de censo del año de 1527. quatro años antes de la fundació, y otras dos escrituras que dizen ser de redencion, y cartas de pago.

Todas

28 ¶ Todas estas escrituras estan redarguydas de falsas ciuilmente, y no comprouadas, ni sacadas con citacion de la parte, ni contienen autoridad alguna, ni está verificado que huuiesse auido los escriuanos que en ellas se refieren: y lo que mas es, que en especial la que suena de fundacion vieue a ser vn traslado de traslado, y todas exhibidas, segun se dize, por vn criado del Conde, en cuyo poder estauan.

29 ¶ Y demas de lo que se opone contra las dichas escrituras por nuestro informe, defensione 1. á num. 2. vsque ad num. 7. se añade, que no se deue dar fee a escritura que se halla fuera de protocolo, y en especial quando no se halla en poder de escriuano, ó en archibo publico, si no en poder de persona domestica, ó criado de aquel en cuyo poder se exhibe. En estos terminos lo trae el señor don Iuan Bautista de Larrea, allegat. 96. nu. 29. ibi: *Sed scriptura, quæ invenitur extra protocolum, fidem non facit, vt notat Gregor. Lopez in l. 55. tit. 18. partit. 3. gloss. 5. Lucas de Pena, in l. rura 14. vers. Quæritur, C. de omni agro desert. lib. 11. &c.* Et inferius: *Ideò cum instrumentum, non est in potestate tabelionis, sed apud domesticum eius, in cuius fauorem exhibetur, nascitur inditium falsitatis: cum semper in iure cauetur in loco publico, vel apud tabelionem instrumenta custodiri, probatur in l. moris, §. non nunquam, vers. Solet, & sic ne eo loci sedeant, quo in publico instrumenta deponuntur, archibo forte, vel grammato philatio.*

30 ¶ Y no obsta el dezir que estamos en negocio de antiguedad, que excede de mas de cien años, y que assi en negocio tan antiguo no parece que es necessario la verificacion de escrituras que aliás deuian hazer los Actores, segun lo procuran fundar ex num. 36. hasta el num. 39.

31 ¶ Porque se replica, que esso no procede quando el defecto que se opone a el instrumẽto, para que no se le dé credito, es visible, que consta por el mismo, porque entõces quamvis habeat multum antiquitatis, non probat, ni se le deue

dar

dar fee, quia præsumptio quæ oritur propter antiquitatem tollitur per ipsum exemplum, quod exhibetur, in quo apparet defectus, segun lo prueua ex Paul. Castrens. Decjo, Tiraquell. Cephalo, Menoch & alijs quam plurimis, Mieres, de maioratibus, part. 4. quæst. 12. num. 171. Y en el num. 172. lo resuelve por cõclusion indubitable en terminos de escritura antigua de fundacion de mayorazgo, ita sic: *Ex quibus mihi videtur certam, & indubitatam esse conclusionem, quod si appareat aliqua scriptura maioratus antiqua, quæ careat testibus, vel signo tabelionis, vel alijs solemnitatibus, de quibus in dict. l. 54. & 111. tit. 18 partit. 3. & alijs locis ordinarijs, quantũcumque sit antiquissima, non probat.*

32 ¶ Y a lo que se dize, que la dicha escritura ha sido presentada en otro pleyto, ò pleytos que ha auido, y que està calificada con sentencias, se respondiò en nuestro informe defensione 1. num. 7. y que alli no se le opuso del dicho defecto, ni fue redarguyda, de mas de ser entre diferentes partes, y sobre diferentes acciones, y derechos.

Articulo Segundo.

33 ¶ Empero suponiendo que a las dichas escrituras se les deuiesse dar credito, no se prueua por la de la hipoteca del molino el dominio en la persona del fundador, ni que lo tuuiesse a el tiempo de la fundacion, ni lo dexasse vinculado.

34 ¶ Lo vno, porque las palabras de la dicha escritura son enunciatiuas de vna particion y diuision de bienes, ò hipoteca del dicho molino, y estas no prueuan el dominio, aunque se huuiera presentado el mismo instrumento de la particion, segun lo funda ex Paul. Paris. cons. 104. num. 5. volum. 1. Alexand. cons. 187. num. 4. volum. 6. Mascard. de probat. conclus. 540. num. 2. & 5. que en el num. 14. lo extiende, etiam in antiquis, quando

do el instrumento no tiene mas de la assercion de vna persona, provt in præsenti Surdo tom. 4. cós. 505. á num. 4.

35 ¶ Lo otro, porque si en virtud de la dicha escritura no era bastante para obtener por la accion hipotecaria, en razon de que se deuia prouar el dominio y possessión del mismo don Alvaro de Luna, que se pretende que hipotecó el dicho molino, l. rem alienã 41. & ibi gloss. 1. ff. de pign. act. l. cum res, C. si res aliena pign. dat. sit, vbi glos. fin. l. 3. & l. quæ nondum 15. §. quod dicitur, ff. de pign. l. ante omnia 23. verb. *sed si hoc*, ff. de probat. Mascard. de probat. conclus. 456. num. 4. & 5. & couclus. 870. num. 6.

Menos era bastante para prouar el dominio y possessión que les toca prouar a los Actores.

36 ¶ Lo otro, y mas concluyente, porque es suponiendo, sin perjuyzio de la verdad, dos especialidades· la vna, de que se le huuiesse de dar credito a la dicha escritura: y la otra, de que por ella se prouasse el dominio y possessión del molino en la persona de don Alvaro de Luna: adhúc, sin embargo por esto no se prueua q̃ el dicho molino fuesse suyo a el tiempo de la fundacion, que vienen a ser quatro años despues del año en que suena la escritura, ni menos prueua que lo dexasse por bienes de mayorazgo, comprehendido en el q̃ se pretende que fundò.

37 ¶ La razon es, porque pudo ser que en el tiempo de aquellos quatro años que passarõ desde la escritura de la hipoteca a la escritura que se pretende de la fundacion, lo vendiesse, ò donasse a don Antonio de Luna, ó a otra persona, de quien viniesse a poder de don Antonio, ò que le tocasse a Antonio en su legitima por bienes de su madre, segun lo fundamos en nuestro informe defensione 3. à num. 26. vsquè ad num. 38. ó que lo dexasse por bienes libres, y no comprehendidos en el dicho mayorazgo, y pudiendo ser esto, entra la regla, *quod non probat hoc esse, quod ab hoc contin-*

 git

git abesse, porque la prouança que incumbe à los Actores ha de ser cierta, *y que concluya per necesse*, y en otra manera no es bastante ningun genero de prouãça dudosa, y obscura, ni puede aprouecharle a los Actores, segun en terminos de pretension de bienes por de fideicomisso, feudo, ò mayorazgo lo fundan Rolando à Valle, volum. 3. cons. 46. nu. 29. y Pedro Surdo dict. cons. 505. num. 6. & decis. 339. num. 9. & 10. ex cap. in præsentia, & ibi gloss. de probat. l. nõ hoc, C. vnde legitimi, y por la doctrina tan repetida de Bald. in l. ad probationem, num. 2. C. de probationibus, vbi tenet: *Quod probatio debet concludere per necesse, nec sufficit quod per possibile.*

38 ¶ Y asi parece que la contienda entre los Doctores no es sobre si deua el Actor, qui agit ad bona fideicommissi, prouar, si el testador, ó fundador era señor, ó posseia los bienes a el tiẽpo, ò antes de la fundacion, si no si basta prouar la possesion, ó si es necessario prouar tambien el dominio, como se puede ver por Vincent. Fussario, quæst. 616. á num. 2. y asi en el num. 8. sigue por mas verdadera opinion, que es necessario que la possesion se aya de prouar del tiempo de la fundaciõ, ó muerte del testador, y que no basta auer posseydo, ni aunque ayan posseydo los hijos, ex Menoch. cons. 395. num. 50. Surd. cons. 151. nu. 58. & dict. cons. 505. in fin.

39 ¶ Y se prueua nuestra excepcion, y defensa, porque los bienes que el hijo, ó descendiente possee por libres, ó por bienes proprios, se deuen presumir libres, ò adventicios suyos proprios, ò profecticios ex parte matris, y no profecticios ex parte patris, y quien pretendiere lo contrario lo ha de prouar claramente, segun lo tienen Rolando à Valle, cons. 90. num. 9. & 10. volu. 2. Peregrin. art. 44. num. 21. Surdo dict. cons. 505. à num. 4. & decis. 339. num. 19. & 20. y alegando a Surdo, y a Christoual Torniolo cons. 20. num. 106. Vincent. Fussar. q. 616. n. 13. & q. 618. n. 13.

Arti-

Articulo Tercero.

40 ¶ Mas porque de contrario se dize, que de la possession del dicho molino continuada por todos los descendientes del fundador, como sucessores en el dicho mayorazgo, tiempo de mas de cien años, nace vna fuerte presuncion en fauor de el mayorazgo de que es de los bienes del dicho mayorazgo.

41 ¶ Se responde. Lo primero, que los sucessores no han posseydo el dicho molino, si no el censo perpetuo en que dió el dicho molino don Antonio de Luna como bienes libres, y antes se retuerce contra los susodichos la possession continua de tiempo de mas de ochenta años del dicho censo, en aprouacion de la enagenacion que hizo como bienes libres el dicho don Antonio de Luna.

42 ¶ Lo segundo, que todos los sucessores que ha auido han sido vnicos sucessores, y heredero vno de otro, y auiendo podido posseer a titulo de mayorazgo, y a titulo de bienes libres, heredados vno de otro, no se deue presumir la possession por bienes de mayorazgo en fauor de la persona intelectual del mayorazgo, si no por bienes libres en fauor del heredero, segun la doctrina de Rodrigo Suarez in l. quoniam in prioribus, dub. 2. num. 1. & ibi Additionator Valdes, que lo comprueua alegando a muchos, y a el texto in §. inter filiam 51. de feudo defuncti contentio sit inter domin. & agnat. vbi etiam Bal. num. 2. vers. *Prædia autem in dubio præsumuntur libera, & ideò præsumuntur potius allodium quam libellarium, vel feudum iusta notata, C. de probat. l. cum res.* Y assi siguió la doctrina de Rodrigo Suarez, alegando a otros, el señor Luys de Molina, lib. 1. cap. 11. num. 11. y Mieres, 4. p. quæst. 20. num. 24. y lo prueua ex professo Rolando à Valle cons. 82. à num. 4. volum. 2.

43 ¶ Con la suposicion de que se le huuiesse de dar credito a la escritura que se pretende ser de fundacion, y dado que se venciesse lo que se ha referido en fauor del Reo, venimos a parar en saber si por la fundacion está comprehendido este molino sobre que se litiga, porque no estando clara y expressamente, no es de consideracion todo quanto los Actores traen en su fauor.

44 ¶ Las palabras de la que suena ser fundacion son estas: *Y de los molinos que alli tengo en la plaça del Principe, donde dizen el Realejo, camino de Guxar, con todo lo a ello perteneciente.*

45 ¶ Por ellas dizen los Actores que está comprehendido este molino de pan moler, porque aunque habla de plural, y no parece auer mas que este molino, se llamã molinos, por tener dos, ó tres, ó mas paradas, ò piedras, y que aunque no dize molinos de pan moler, y que pudieran ser de azeyte, el equiuoco se ha de entender pro famosiori significatu de pan moler, y que aunque no está en el campo del Principe, y Realejo, basta que esté por aquel parage del camino de Guexar.

46 ¶ La respuesta a lo de contrario referido parece (señor) es bastante para el vencimiẽto de este pleyto, porque es donde está el centro de todo el, y satisfazemos con la vista de ojos, e informacion que de oficio se hizo, por donde consta lo siguiente.

Que desde que se ganò esta ciudad no se ha variado, ni mudado el sitio y nombre del campo, ó plaça del Principe, Realejo, y camino de Guexar, y que es muy distante y diferente sitio el de la plaça del Principe, donde dizen el Realejo, camino de Guexar, a el sitio de la ribera de Genil, donde està el molino sobre que se litiga.

47 ¶ Y que en la plaça del Principe, que llaman el Realego, por donde sale el camino de Guexar,

Guexar, auia muchos molinos de azeyte, y algunos de pan moler, que todos se han perdido, y muchos de oydas a personas que los vieron, y de vista depone el Capitan Ojeda.

48 ¶ Y assi dezimos, que los molinos de que habla la que llaman fundacion, serian de aquellos que auia de azeyte, y pan moler en el dicho sitio, plaça del Principe, que llaman Realejo, camino de Guexar.

49 ¶ Y pudiendo ser de aquellos molinos, basta esto a la parte del Reo para que se aya de entender que no habla la fundacion, ni comprehẽdió el molino de pan moler que no está en la plaça del Principe, que llaman el Realejo, camino de Guexar, si no en la ribera de Genil, que es sitio diferente, y muy distante, a quien no conviene demostracion alguna, ni la de la plaça del Principe, ni Realejo, ni camino de Guexar, porque como se ha dicho, y parece por la vista de ojos, está en la ribera de Genil, y muy apartado del camino de Guexar.

50 ¶ Demas que la que llaman fundacion solamente habla de vn sitio, que es *la plaça del Principe*, y para demostrar este sitio, y certificarlo mas bien, despues de auer dicho, ibi: *En la plaça del Principe*, se añadieron aquellas dos demostraciones, *donde dizen el Realejo, camino de Guexar*: idest, que la plaça del Principe es camino de Guexar, donde dizen el Realejo.

51 ¶ Y si en la que dizen fundacion se quisiera comprehender el molino sobre que se litiga, le era facil dezir a el fundador, como se pretẽde dixo en la escritura de la hipoteca, quatro años antes de la fundacion: *Y vn molino de pan moler en la calle de los molinos, que llaman el molino de don Alvaro, que está mas abaxo del molino que dizen del Alcayde Zagra, que era de Melchor Maldonado, linde por vna parte con huerta de Iuan de la Torre, y con calle de los molinos.*

52 ¶ Y supuesto que no lo dize, no se ha de entender comprehendido el dicho molino,

etiam, aunque huuiera alguna duda, segun los muchos fundamentos que trae para ello post Alexādrum, & alios Rolando á Valle, volum. 3. dict. cōs. 46. à num, 39. vsquè ad fin. adonde responde a los de contrario.

53 ¶ Y no perturba en manera alguna la palabra, *con todo lo a ello perteneciente*, porque esta no fue extensiua a otros molinos que estuuieran en diferentes sitios, y linderos, si no solamente a lo perteneciente a los molinos de azeyte, y de pan moler que tendria en el dicho sitio de la plaça del Principe, porque la palabra, *cum pertinentijs*, es lo mismo que *cum omnibus ad id accessorijs, & ad ipsius rei proprio vsui destinatis*, como son las ruedas, y pertrechos, y lo demas quæ pertinent ad instructionē molendinorum, segun lo prueua Philipp. Dec. cons. 516. á num. 23. vsqué ad num. 27. argum. l. Seyæ, §. Tyranę, vbi etiam Bart. ff. de fund. instruct. copiosé Augustinus Barbosa, appellat. verbor. vtriusquè iuris, appellat. 200. verbo, *pertinentiæ*, num. 1. & in num. 2. dicit, quod sunt appendices, seu accessoriæ res ad illud corpus.

✠ PVNTO SEGVNDO. ✠

54 ¶ Para este segundo punto nos valdremos de Bartolome Socino senior, volum. 2. cons. 181. num. 2. & 3. seguido por Mascardo, de probat. lib 3. conclus. 1195. num. 18. & Mieres, part. 4. quæst. 20. num. 144. Menoch. lib. 3. præsumpt. 100. à num. 4. Iacob. Cancerius, variar. resolut. tom. 1. cap. 11. de emphiteosi, num. 31. adō de despues de auer fundado, que los bienes que posseian vnos terceros, aunque estauan en el parage, y dentro de los confines de los demas de vna comunidad, no se auian de juzgar por bienes de la dicha comunidad, no auiendo prouado claramente el pertenecerle iure domini, porque a los posseedores les bastaua solo la possesion, per l. 2. vbi cō muniter Doctores, C. ne vxor pro mar. l. cum res, C. de

C.de probat. Bart. & Doctores, in l. quidã in suo, ff. de condit. instit. y que à fines territorij non probant dominium rerum inclusarum, concluye: *Sed omnia ista redduntur clariora ex longissima possessione, & consequenter ex præsumptione longissimi temporis, per quã censetur præscriptum omni iuri.*

55 ¶ Y assi parece, que a la parte del Patronato le basta la possession longissima de mas de ochenta, y cerca de nouenta años con el dicho titulo, de la qual se presume la buena fee, segun tã bien lo dixo Bartolome Socino in dict. cons. 141. num. 3. ex textu in l. fin. C. vnde vi, vbi Bart. & quod existens in tan longissima possessione habet omnino fundatam suam intentionem.

Articulo Primero.

56 ¶ Mas porque replicarán la parte de los Actores que esta longissima possession se puede atribuyr a los posseedores del dicho mayorazgo, como a sucessores en el, y que assi se retuerce en su fauor la possession, porque se ha de presumir que han posseydo por el mejor titulo que les conviene en fauor del mayorazgo.

57 ¶ Se responde, segun arriba se ha advertido, que no han posseydo el molino, si no el censo perpetuo, y derecho de percebir los reditos del dicho censo, y quien ha posseydo y possee el dicho molino como bienes que le védiò a censo perpetuo por libres don Antonio de Luna, ha sido el Reo demandado, con ciencia y paciencia de los sucessores, en tal manera, que quantas pagas han percebido, tantos actos han hecho de aprouacion, y consentimiento de la dicha venta a censo perpetuo por bienes libres, text. & gloss. pen. & fin. in l. quidam ex parte 12. ff. de euiction. & gloss. verbo, *scissent*, in l. servus comm. 38. ff. de donat. inter vir. & vxor.

58 ¶ De que resulta, que procede la pres
cripcion

cripcion de que oponemos, porque no es prescripcion contra bienes que constó claramente ser de mayorazgo, si no por bienes libres, en que todos los sucessores de tiempo de mas de ochenta años los han confessado tacitamente por los dichos a otros, y auer vsado para ello dela escritura presentandola a execucion.

59 ¶ Y en este caso basta la possessiō de mas de ochenta años, y aun fuera bastante de quarenta años con titulo, y la dicha buena fee que se presume, segun lo fundaron Pinelo in Authent. nisi triennali, á num. 49. C. de bon. matern. Burg. de Paz, cons. 41. á num. 10. Velazquez de Auendaño in l. 41. Tauri, gloss. 6. num. 6. porque la prescripcion de quarenta años con titulo, equiuale a la inmemorial, Dom. Molin. lib. 2. cap. 6. nu. 51. 52. & seq. Mieres, part. 4. quæst. 21. num. 54. Phebo, decis. 82. Stephan. Gratian. tom. 3. cap. 499. num. 7. & tom. 4. cap. 614. num. 9. & cap. 620. nu. 5. & 6. y otros fundados en el cap. 1. de præscript. in 6. cap. cū personæ, §. quod si tales, de priuileg. in 6.

60 ¶ Sin que a esto obste la decision Lusitana 52. de Gabriel Pereyra, y el señor don Iuan del Castillo, lib. 5. cap. 93. §. 8. á num. 10. y los demas que se refieren por la parte del Conde en su informe a num. 93. vsquè 101. para fundar, que para prescriuir bienes libres por de mayorazgo, basta la possession de quarenta años cō titulo, que equiuale a la inmemorial: empero para prescriuir bienes de mayorazgo por libres, es necessario vna inmemorial, sin que baste la prescripcion de quarenta años con titulo, porque con cada vno de los sucessores del mayorazgo se interrumpe la prescripcion, y comiença de nueuo, por no poder prejudicar a los no nacidos, que son las razones que juntó el señor don Iuan del Castillo dict. lib. 5. cap. 93. §. 8. num. 16. & 17.

61 ¶ Porque se responde, que la opinion de Gabriel Pereyra dict. decis. 52. y la del señor dō

Iuan

Iuan del Castillo, y los demas que alegan, ha lugar quando consta indubitablemente por la fundació y titulos del mayorazgo que los bienes sobre que se litiga son proprios del mayorazgo, y esten cõprehendidos, sin que sobre ello aya controuersia alguna.

62 ¶ Empero quando es la duda y controuersia si son, ò no bienes libres, ò de mayorazgo, y si se comprehendieron, ó no en el, entonces se deue admitir la opinion contraria de que baste quarenta años con titulo, que equiuale a la inmemorial, con esta distincion compusieron los Adicionadores del señor Luys de Molina las dos opiniones en el lib. 2. cap. 6. sobre el num. 5. & 13. dũ ita dicunt: *Superior deinde Authoris elementalis conclusio, intelligi oportet, quando contenditur de existentia maioratus, & in dubium venit an bona, de quibus quæstio est sint libera an vero sint maioratus, & vinculo restitutionis obnoxia, in qua specie præscriptio quadraginaria, cum titulo sufficiens erit in vim præscriptionis, non in vim interpretationis, ex Authore infra num. 59. Secus verò, vbi de præscriptione maioratus vere & realiter existentis, & nullo modo controuersi tractatur, quo casu militant adducta per Authorem infra lib. 4. cap. 10. per tot. Mieres, part. 4. q. 21. num. 38. &c.*

63 ¶ Y siendo como es este pleyto de la primera clase, *quando venit in dubium an bona, de quibus quæstio sint libera an vero sint maioratus*, parece es llano que basta el dicho titulo con la prescripció, no solamente de quarenta años, si no de cerca de nouenta años.

64 ¶ Y assi no será necessario valernos tambien de otra distincion, ó limitacion que ingeniosamente trae y funda Pedro de Barbosa in l. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annor. adonde auiédo dicho en el num. 56. 57. y 58. que no se prescriuen los bienes de mayorazgo si no es con la inmemorial, y ampliãdolo, aunque sea tercero con titulo y possession de mas de treynta, y de quaréta años, lo limita en el num. 59. ita sic: *Limita tamen*

men si is possessor, non solum possideat, sed etiam praescripserit res maioratus in vita possessoris maioratus, nam in hoc casu non loquitur, dict. l. Tauri 45. nequé in eo locum habére potest iusta rationem, l. 2. ff. de itiner. actuqué priuato, & consequenter tutus erit, Ant. Gomez in l. Taur. 40. num. 9. vers. Tertio, Matienço in l. 8. tit. 7. lib. 5. ordinament. gloss. 5. num. 31. Vnde cum postquam translata fuit possessio ciuilis & naturalis in successorem maioratus, nihil impedit alium ocupare naturalem vacantem, l. clam possidere, §. fin. ff. de adquirend. posses. Bald. cons. 299. dicunt num. 9. lib. 1. vtiqué poterit praescribere declarando vt supra, & ad hunc modum est explicandus Gregor. dict. l. 10. num. 26. partit. 4. vers. Ni le empece, col. 5. post medium, & exemplificare potest quando possessor maioratus alienauit rem maioratus, nam nihilominus transfert possessionem, l. 1. §. si vir vxori, ff. de adquirend. posses. & consequenter procedet praescriptio saltem 30. vel 40. annor. cum titulo, Anton. Gomez l. Taur. 45. numer. 23. & num. 26. & Matienço l. 8. tit. 7. lib. 5. ordinam. gloss. 5. num. 32.

65 ¶ Y en nuestro caso, en vida de los posseedores del mayorazgo, y de su consentimiẽto por bienes libres, no solamente ha posseydo la parte del Reo treynta, y quarenta años, si no mas de ochenta.

Articulo Segundo.

66 ¶ Mas dando que la dicha possession de los sucessores huuiera sido como de bienes de mayorazgo (quod absit, porque repugna a la presuncion de derecho) en este caso dizen la parte de los Actores, que es nula notoriamente la venta a censo perpetuo del dicho molino, ni les prejudica el consentimiento de auer percebido los reditos, a lo menos a los sucessores, y parte del Marques, inmediato sucessor, ex Dom. Molina lib. 1. cap. 21. à num. 15. vsqué ad fin. y los demas alegados en su informe á n. 84. vsqué ad n. 87. & à n. 102. hasta el n. 107.

A que

67 ¶ A que respondemos, que se limita quando los bienes del mayorazgo sunt solita emphiteoticari, por auer auido causa de vtilidad para ello en fauor del mayorazgo; como aqui es de entender que la auria, por estar sin casa, y perdido el dicho molino, y sin pertrechos, y tener mucha carga de reparos.

68 ¶ Que en este caso basta la prescripcion, aunque fuera de solos quarenta años con titulo, porque no es omnimoda enagenació de bienes de mayorazgo, por no prescriuirse, ni enagenarse in totum, sino solamente en quanto a la calidad, o quantidad, segun lo fundamos en nuestro informe, defensione 5. à n. 42. hasta el n. 55.

69 ¶ A lo qual añadimos a Antonio de Gama, decis. 16. maximé in num. 3. & 4. & decis. 222. num. 4. Aluar. Valasc. consult. 132. nu. 19. & 20. y a Franc. Caldas Pereyra, de renouat. emphit. q. 16. num. 71. que es el fin, adonde auiendo resuelto, que los bienes de mayorazgo no se pueden dar en emphiteosim, sino es por la vida del posseedor del mayorazgo; lo limita en esta manera: *Quod tamen ego limitandum censeo quando huiusmodi bona maioratus in emphiteosim dari essent consueta per multiplicatas successiones, accedente longissimi temporis cursu. Argumento tex. in Auth. nisi trecennale, C. de bon. matern. &c.*

70 ¶ La razon es como se ha dicho, porque como no se trata de prescriuir los mismos bienes de mayorazgo, sino de praescribendo eorum qualitate duntaxat, entonces basta 20. años con titulo, segun lo fundò con Aluaro Valasco y otros el señor don Iuan del Castillo, lib. 5. cap. 89. num. 235. ex cap. cum de definitio. de praebend. in 6.

71 ¶ Y quando los bienes que se dieron a censo perpetuo, aliter se perdieran, y que no es verisimil, que los posseedores del mayorazgo los repararan y mejoraran; segun se colige del caso deste pleyto, de que el molino estaua arruynado

ſin caſa ni peltrechõs, y los poſſeedores abſentes que lo dexarian perder como ſe han perdido los demas molinos de azeyte y de pan moler en el cã po del Principe. Entonces la mas verdadera opinion es, que ſin embargo de que fueſſen bienes de mayorazgo ſe pudo vender a cẽſo perpetuo, por que corre la razon de decidir del cap. ad aures, de reb. Eccleſ. non alienãd. ſegun en eſtos terminos lo reſoluió para componer la opinion contraria que tuuo Pinelo, a quien ſe opuſo Gama y otros, de que el cap.º ad aures no procedia en bienes de mayorazgo, Petr. Barboſ. in l. 2. C. de præſcript. à num. 432. vſque ad fin. adonde en el num. 435 verſ. *Pro concordia tamen*, dize: *Si autem per contrarium non ſit verifimile, quod poſſeſſor maioratus eas meliorabũt inducetur deceſio, cap. ad aures. ad res maioratus, quia in ſuis terminis etiam in illis militat illius textus ratio & confirmatur, ex traditis per Paul. Caſtrenſ conſ. 169. dubitatur, col. 2 lib. 1. quod in generali prohibitione res alienatur, non cenſetur referri ad caſum, quo illa alienatio ſit vtilis prohibito, l. quæcunque, cum gloſ. C. de bonis quæ lib. quia iſto caſu ceſſat ratio prohibitionis ſubſcribit Felin. conſ. 42. nu. 4. Et ideo licet bona maioratus generaliter ſint prohibita alienari, &c.* Et inferius: *Quia ea alienatio tunc non contradicit intentioni prohibentis, & ideo in prædictis terminis fiet conceſio emphiteoſis ad vitas, vel in perpetuum, prout vtilius fuerit maioratui.*

72 ¶ Y porque no quede duda alguna ſobre eſte articulo, ſi a caſo de contrario ſe dixere, que bona maioratus ſolita emphiteoticari, ſolo ſeran aquellos, que dos, o mas vezes continuamẽte por los ſuceſſores ſe han dado in emphiteoſim.

73 ¶ Dezimos, que ſolita emphiteoticari, ſe entiende aunque ſolamente ſe ayan dado vna vez, ſi ſe ha cõtinuado por eſpacio de mas de quarenta años por dos, o mas ſuceſſores, como en eſte caſo, que ſe ha continuado por tres, o quatro ſuceſſores tiempo de mas de ochenta años, por q̃ cada vno fue viſto aprouarlo, como ſi lo concediera de nueuo, y aſsi no es ſolamente vna conceſiõ,

ſino

sino tres, o quatro, y aun cinco con la del vltimo posseedor; y lo que mas es, que basta auerse dado vna vez a censo emphiteotico con el transcurso de mas de quarenta años, segun Caldas Pereyra de renouat. emphiteutica, dict. quæst. 16. nu. 71. Adonde despues de auer dicho, *quare quidam, duas concesiones necessarias esse cum spatio 40. annorum, asserunt, quoniam ad inducendam consuetudinem 40. exiguntur anni, secundum glos. fin. receptam in cap. fin. de consuet. & consuetudo ad minus binum postulat actum, glos. 2. in § ex non scripto, Inst. de iur. natur.* (dize): *quod consueta in emphiteusim concedi res dicitur, quæ semel fuit alienata, aut emphiteosim concesa, ex Bart. Ripa, Curtio, Iullio Claro, & alijs.*

74 ¶ Finalmente, sobre todos los puntos deste pleyto, y articulos tocantes a la justicia principal, se deue reparar, que aunque las excepciones del Reo demandado no tuuiera por si tantos fundamentos, conque su defensa parece es clara, sino que tuuiera alguna duda, se deue juzgar en su fauor.

75 ¶ Lo vno, porque litigando como se litiga, sobre si el dicho molino son bienes libres, o bienes de mayorazgo, la presumpcion està de parte del Reo, de que son bienes libres, o tales, que don Antonio de Luna los pudo conceder libremente a censo perpetuo con dezima y comisso; segun lo enseñan Ioan. Andr. num. 3. & alij Canonistæ in cap. nimis 30 de iur. iur. Paul. de Castro, cons. 179. num. 3. lib. 1. Decius, cons. 269. & cons. 468. num. 6 Alexand. cõs. 87. num. 6. vol. 6. Alciat. de præsumpt. regul. 2. præsumpt. 3. nu. 1. Peralta, in l. 3. §. qui fideicommissum, num 47. ff. de hæred. inst. Iul. Clar. §. feudum, quæst. 18. n. 1. Ant. Gabr. lib. 3. comm. opin. tit. de feud. concl. 3. Casaneo, Rub. 3. § 4. num. 16. Craueta, cons. 292. nu. Nata, cons. 313. num. 2. & cons. 514. num. 29. Dom. Molin. lib. 1. cap. 11. num. 10. & 11. Roland. à Valle, cons. 1. num. 22. lib. 1. & cõs. 82. num. 6. lib. 2. & cons. 2. vbi est omnino vidé-

dus á num. 11. vsque ad num. 25. Menoch lib. 3. præsumpt. 91. Mieres, 4. p. q. 20 num. 23. & 24. & nu. 28. Surdo casi en terminos de nuestro pleyto, cons. 135. num. 24. 25. & 26. volum. 1. & cõs. 384. num. 21. & cons. 410. num. 12. volum. 3. & cons. 525. num. 6. volum. 4. Valdes, in addit. ad Rodericum Suarez, in l. quoniam in prioribus, dub. 2. num. 1. Iacob. Cancer, variar. resolut. tom. 1. c. 11. de emphit. num. 29. Thesaur. 2. p. forens. q. 89. Dom. D. Ioan. Bapt. de Larrea, part. 1. allegat. 46. n. 18.

76 ¶ Lo otro, porque al Reo le assiste otra presumpcion, de que el molino sobre que se litiga no es el mismo que los Actores pretenden, sino diferẽte, quia præsumitur pluralitas rerum, y a lo que se truxo para esto en nuestro informe, num. 9. & 10. añadimos a Mieres, p. 4. quæst. 20. num. 23. 24. & 28. Pedro Surdo, cons. 61. nu. 13. & decis. 339. num. 5. & 6. Simon de Prætis, de interpret. vltim. volunt. fol. 553. á n. 319. Petra, de fideicom. q. 12. á nu. 1369. & cum alijs Vincent. Fusar. q. 616. n. fin.

77 ¶ Lo otro, porque la presumpciõ està assimismo por el posseedor, l. possessores 2. l. cum res, C. de probat. l. 2. C. ne vxor pro marit.

78 ¶ Et tandem ex eo quod in dubio, vel etiam in pari causa pro Reo iudandum est, ex regula cum sunt partium 11. de reg. iur. in 6. l. fauorabiliores 117. ff. de reg. iur. l. Arrianus, ff. de act. & oblig. Surd. d. decis. 339. n. 12.

✻ PVNTO TERCERO. ✻

79 ¶ In subsidium de todo es el punto sobre los mejoramiẽtos que tiene prouado la parte del Reo en cantidad de mas de cinco mil ducados, por los quales pretẽde, que en qualquier acõtecimiẽto que fuera, no le puede faltar el derecho de retencion, segun lo fundó en nuestro informe, defens. 6. á n. 56. vsque ad fin.

Oponen

80 ¶ Oponen la parte delos Actores, que no le compete el dicho derecho. Lo vno, porque siendo bienes de mayorazgo, tienen en su fauor la l. 45 de Toro, que prohibe la retencion, ni peticion alguna por ellos. Y lo segundo. porque ningun testigo alcança el estado q̃ tenia el molino por el año de 1527. y el año de 1553. que se diò a censo, y se auia de prouar, que lo que se auia gastado, tanto tenia de mas valor, ex l. in fundo, ff. de rei vindic. y que no estando prouado en esta conformidad, no estan prouados los mejoramientos.

81 ¶ En quanto a lo primero se responde, que aunque està muy controuertido sobre si la l. 46. de Toro, se aya de entender solo en las casas principales, Castillos, y fortalezas de quien expressamente habla, y no en los demas bienes, y sobre si se ha de entender tan solamente, respeto de el posseedor, y de sus herederos, y no del tercero posseedor con titulo, y buena fee; y confessamos que en cõformidad de la pretensiõ de los Actores, y de la opinion del señor don Iuã del Castillo, y otros, y auer auido algunas vezes cosa juzgada conforme a ella:

82 ¶ Sin embargo dezimos que la opinion contraria en fauor del Reo tercero posseedor a titulo de bienes libres, y con buena fee, por concurrir, pro vt in præsenti casu, la possession demas de ochenta años. Y lo otro la duda sobre si es, ò no de bienes de mayorazgo, es mas cierta, y de mayor equidad, y de numero de Doctores como son Burgos de Paz, cons. 8. à n. 98. vsque ad finem, el qual en el num. 105. ita tradit: *Tum etiam quia dicta l. 46. Tauri, tantum inteligenda est de moyoricatu certo, & de bonis quæ sine dubio mayoricatus sunt, &c.* Didac. Burgos de Paz, quæst. 7. à num. 32. vsque ad 39. el señor President. Couarr. lib. 1. variar. cap. 17. num. 1. Pinelo, in l. 2. C, de rescindend. vendit. part. 2. cap. 3. num. 1. Mieres, part. 4. quæst. 32. à num. 1. vsque ad num. 18. Ioan. Gutierrez, lib. 3. pract. quæst. 69. per tot. y otros que alegan, refiriendo para ello las cosas juzgadas que ha auido, y en esta conformidad

es

es la decis. 122. de Gabriel Pereyra, y tambien pu dieramos referir algunos casos de cosa juzgada en ellos de esta Real Chancilleria.

83 ¶ En quanto a lo segundo, lo cierto en el caso es, que los mejoramientos estan prouados en conformidad de la l. infundo, porque los testigos dizen lo que se ha gastado, y en que, y que tanto tiene el molino de mas valor, y mejoramientos, y aunque no dizen de vista el estado que tenia, dizē lo en lo forma que se puede prouar, que es de oydas a Autores que nombran, que lo vieron, que esto es bastante en negocio tan antiguo de cerca de nouenta años, y el dicho estado que tenia se prueua por la misma escritura de dacion a censo perpetuo, que dize era de quatro ruedas, y vn carcabo para echarle otra parada, que es la que se prueua auerle echado, y labrado casas, y hazerle azequia, que todo esto no tenia.

04 ¶ Y tambien por la renta de solos 116. ducados en cada vn año, en que se vendiò, de que se colige el prezio, que entonces tenia, ex textu in l. si quos, C. de rescindend. vendit. y despues, y de pressente, renta mas de 500. ducados en cada vn año. Y assi se espera se confirmaran las dichas sentencias. Salva, &c.

Lic. don Hermenegildo de Roxas y Tortossa.